
Justice constitutionnelle et objectivité

Philippe Coppens

**Édition électronique**URL : <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/2510>

DOI : 10.4000/ethiquepublique.2510

ISSN : 1929-7017

Éditeur

Éditions Nota bene

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2001

ISSN : 1488-0946

Ce document vous est offert par Université catholique de Louvain

**Référence électronique**

Philippe Coppens, « Justice constitutionnelle et objectivité », *Éthique publique* [En ligne], vol. 3, n° 2 | 2001, mis en ligne le 15 mai 2016, consulté le 14 mai 2021. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2510> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.2510>

Ce document a été généré automatiquement le 14 mai 2021.

Tous droits réservés

Justice constitutionnelle et objectivité

Philippe Coppens

I

- 1 Les règles juridiques sont des normes pratiques autorisées à guider l'action des particuliers et, de proche en proche, de certaines collectivités dans lesquelles ces particuliers s'insèrent volontairement ou involontairement. Les destinataires de ces règles se sont progressivement constitués en État lorsque leur volonté d'existence commune a pu se réaliser au sein d'un espace géographique défini. La rencontre d'un vouloir-vivre ensemble et d'un territoire dans lequel une destinée et un bien communs peuvent se rêver constitue encore la tension fondatrice des communautés politiques entre l'autonomie des égales libertés et l'hétéronomie des normes autoritaires.
- 2 La légitimité des règles juridiques est aujourd'hui si liée à la notion d'État de droit instituant les conditions de réalisation des démocraties délibératives que la question de l'existence de ces règles est soumise à l'analyse des différents pouvoirs étatiques.

II

- 3 Ces pouvoirs sont des institutions habilitées qui forment un lieu structuré d'échanges d'informations et d'intégrations intergénérationnelles des personnes dans la réalisation progressive d'un bien commun. Le mouvement caractéristique de ces institutions – en l'absence des bifurcations radicales qui viennent de l'irruption spontanée ou, plus souvent, préparée des révolutions politiques – repose sur l'héritage d'une tradition que les pouvoirs doivent reprendre en charge pour créer de nouveaux avènements. Cette reprise en charge critique de la tradition, par laquelle les institutions peuvent être créatrices de nouvelles destinées communes, manifeste pleinement le rôle de passeur éveillé dans lequel se manifestent les vertus du pouvoir politique. Dans cette perspective, l'État est la figure de médiation remarquable entre l'instauration évanescence des origines du politique et les commencements toujours inachevés des différentes politiques publiques.

III

- 4 La place centrale reconnue au rôle de médiation de l'État explique aussi que la question du politique soit entièrement traversée par le problème de la représentation. La représentation est en effet ce miroir où se reflètent et s'enchevêtrent la conscience commune d'un projet partagé et le principe de différenciation entre cette conscience commune et les représentants de ce projet.
- 5 Si nous souhaitons que la reprise en charge de la tradition par les institutions étatiques soit créatrice d'un projet démocratique, deux conditions paraissent requises. La première est que les institutions étatiques soient construites de telle sorte qu'elles puissent agir dans l'ensemble rationnellement et qu'elles intègrent des dispositifs de contrôle de la rationalité de leurs décisions. Cette première condition est partiellement satisfaite par la théorie de la séparation des pouvoirs et par les contraintes de justification des normes que cette séparation des pouvoirs suppose. La seconde exigence, nécessaire pour que l'État reste cet intermédiaire dans la poursuite intergénérationnelle d'un bien commun, repose sur une distribution toujours flexible entre le niveau horizontal du vouloir-vivre ensemble des citoyens et le niveau vertical créé par la différenciation politique entre les gouvernés et les gouvernants. Cette seconde exigence est également partiellement satisfaite par la reconnaissance des droits civils et politiques qui apparaissent comme autant de critères de légitimité de l'édiction et de l'application des normes.
- 6 On aperçoit ainsi que l'inscription du politique dans le social n'acquiert une vertu démocratique que si des contraintes de justification des normes satisfont aux réquisits de leur légitimité. Dans une démocratie délibérative, cela signifie qu'une distribution dialogique des pouvoirs et des compétences doit permettre une égale participation de tous à la détermination des règles sociales.

IV

- 7 Le droit est la figure médiatrice entre la morale et le politique, l'institution d'un passage entre les catégories morales et les diverses formes de vie communautaire. La norme juridique constitue une contrainte pour les individus qu'elle gouverne, contrainte d'autant plus forte qu'ils éprouvent des résistances à internaliser les externalités que les obligations normatives représentent. On comprend alors que l'histoire de la philosophie du droit soit celle des différentes positions que le droit a adoptées par rapport à l'éthique et au politique. En effet, tantôt le droit est tiré vers la morale, tantôt il est interprété comme catégorie du politique.
- 8 La volonté de limiter les pesanteurs liées à l'hétéronomie de la loi se caractérise par le souci d'inventer des possibilités de justifications qui soumettent l'existence même de la norme, c'est-à-dire la validité de la norme, à sa légitimité. L'expression la plus pure de ce souci réside dans l'idée selon laquelle la loi qu'on se donne rationnellement à soi-même est liberté. C'est dans cette perspective kantienne que ce sont développées plusieurs analyses contemporaines visant à asseoir les principes premiers des démocraties délibératives d'une part¹ et les conditions d'acceptation rationnelle des normes d'autre part. Par contre, la structure dialogique des démocraties délibératives suppose et, en conséquence, justifie que l'autorité de la chose jugée attachée aux actes juridictionnels ne

soit étendue aux questions litigieuses – c'est-à-dire aux conflits sociaux juridiquement qualifiés – qu'autant qu'ils aient été tranchés par un juge au terme d'un débat contradictoire.

- 9 Lorsqu'il est tiré vers le politique, le droit est interprété comme l'expression voilée ou latente d'un rapport de pouvoir. Il y a au moins deux formes exemplaires par lesquelles on a soutenu cette soumission du droit au politique. La première est l'analyse marxiste selon laquelle le droit est une superstructure issue des rapports de production mais qui les voile en même temps dans une idéologie. La seconde passe par une conception de l'herméneutique juridique – c'est-à-dire de la capacité d'interprétation des acteurs juridiques – comme expression d'un pouvoir politique. Cette conception reflète un caractère du réalisme américain et des *critical legal studies* (CLS).

V

- 10 Le droit se constitue comme tiers entre l'ancrage moral du politique et l'efficacité politique des normes morales. Or, ce statut de tiers est également par essence celui du juge qui applique le droit. Il n'est donc pas étonnant que le juge, singulièrement le juge constitutionnel, soit amené à ancrer son interprétation des normes dans un discours de justification morale tandis qu'il appréciera les conséquences des balances d'intérêts divergents lors de conflits de droits à l'aune du politique.
- 11 L'application sans doute la plus difficile mais aussi la plus cruciale pour mettre à l'épreuve de son impossibilité cette position de tiers est celle de l'égalité de tous devant la loi. Ce principe est en effet la contrainte à partir de laquelle peuvent se déployer les justifications relatives à la nécessité des distributions inégales des droits et des obligations. Les inégalités de traitement sont l'expression caractéristique de la tension qui existe entre la sphère de la responsabilité individuelle et celle de la solidarité communautaire. La progressivité de l'impôt, l'action affirmative par laquelle on crée des traitements privilégiés pour remédier à la sédimentation d'inégalités historiques, les allocations différenciées des aides sociales ne sont ici que des exemples d'inégalités justifiables sur base du principe de l'égalité de tous interprété en termes de justice distributive. Mais, pour que cette recherche indéfinie d'une égale liberté de chacun reste dans les limites d'une égalité de tous devant la loi, elle doit éviter de recourir à des moyens qui font peser sur les individus des charges inacceptables.
- 12 Mais toutes les charges ne sont pas inacceptables. Car l'altruisme raisonnable non seulement n'est pas une utopie mais il peut surtout être appréhendé comme une part inhérente de notre individualité propre. L'inscription anthropologique de la conciliation entre le point de vue de la collectivité et celui de l'individu prend, par exemple chez T. Nagel, la forme d'une réconciliation originaire de l'individu avec lui-même². Je crois qu'il a raison dès lors que la conscience de soi est largement construite par la reconnaissance de la présence d'autrui comme alter ego. Le premier engagement qui nous institue dans un lien moral consiste à assumer activement la présence d'autrui en ne restant pas insensible aux exigences de la collectivité. L'intérêt de l'analyse de Nagel est qu'elle nous permet d'ancrer la structure bipolaire du droit (individualisme et altruisme) dans une anthropologie convaincante. Cela éclaire aussi le caractère nécessairement intersubjectif des droits subjectifs, de même que la nature et l'étendue de notre responsabilité, non seulement pour nous-mêmes, mais également vis-à-vis d'autrui.

VI

- 13 Lorsqu'on est amené à se séparer de la fiction d'une coïncidence parfaite entre l'expression de la souveraineté populaire et l'exercice effectif du pouvoir par des organes et des procédures constitutifs d'un État, la question de l'autorité se dévoile dans toute son épaisseur. L'autorité désigne l'instance habilitée à exercer une compétence limitée par le devoir de réaliser le projet communautaire de bien commun.
- 14 Le principe de la séparation des pouvoirs signifie que plusieurs autorités se voient confier, en général par une constitution, des compétences propres dans la définition desquelles elles trouvent aussi leurs limites. On pourrait avancer que ce partage des compétences entre les différents pouvoirs dans l'État symbolise par excellence l'œuvre toujours inachevée du politique comprise comme volonté de tendre vers l'égalité liberté de tous. Car, en effet, la poursuite de cette égalité doit adopter l'une des formes possibles de justice distributive. Or, toutes ces formes plurielles ne sont elles-mêmes que des expressions d'une même idée de partage de droits et de responsabilités conforme au principe d'égalité proportionnelle.
- 15 Alors que la force symbolique de la séparation des pouvoirs s'exprime dans le projet d'une égale liberté de tous, nous pouvons aussi soutenir que le principe de proportionnalité – fondé sur l'idée que des situations qui ne sont pas identiques doivent faire l'objet de traitements différents – participe au principe de différenciation entre les gouvernants et les gouvernés.
- 16 La juridiction constitutionnelle exerce un rôle important dans la mise en œuvre effective de ce principe de proportionnalité de même que sa présence permet aux citoyens de mieux prendre la mesure du décalage qui existe entre leur propre volonté et celle qu'expriment les représentants. Une idée assez proche de celle-ci est exprimée par D. Rousseau : « Globalement, la jurisprudence constitutionnelle, par la construction d'une charte des droits et des libertés des citoyens et par le contrôle sur ce fondement des lois votées par leurs représentants rend visible ce qui était jusque-là caché, et même nié : la dissociation du corps du souverain et du corps de ses représentants³. »
- 17 La juridiction constitutionnelle est le medium institutionnalisé entre le niveau horizontal, que manifeste une forme de vie commune ancrée dans la reconnaissance des droits et des libertés fondamentaux, et le niveau vertical, dans lequel les autres pouvoirs habilités doivent s'efforcer d'assurer et d'approfondir cette reconnaissance. La juridiction constitutionnelle se voit donc assigner, dans la sphère proprement interne du droit, la place de tiers médiateur que l'on a reconnu à l'État entre la morale et le politique. Mais, par ailleurs, elle manifeste également sinon la rupture du moins la discontinuité persistante entre la souveraineté du peuple qui s'exprime dans les droits et les libertés inscrits dans la Constitution et la volonté législative.
- 18 Cette absence de coïncidence entre la souveraineté du peuple et la volonté législative, qui se manifeste lorsqu'on efface les fictions d'une représentation parfaite, peut permettre aux citoyens de mieux se représenter la nature et l'étendue de la représentation politique. Mais c'est aussi, du point de vue épistémologique, rendre accessible aux citoyens le déploiement d'une autre forme de rapports entre le général et le particulier, entre l'universel et le contexte dans lequel l'universel est appréhendé pour recevoir une signification appropriée.

- 19 Or ces rapports sont traditionnellement compris comme le passage des opérations de justification lors de l'édiction législative des normes générales aux opérations de justification des normes particulières dans le processus de leur application juridictionnelle.

VII

- 20 Nous avons ainsi mis en place les deux éléments essentiels que toute analyse relative à l'objectivité des décisions juridictionnelles en général et des décisions constitutionnelles en particulier doit, me semble-t-il, intégrer. Le premier est que le développement de la justice constitutionnelle peut se lire comme un dévoilement de la fiction d'une fusion entre gouvernants et gouvernés, entre représentants et représentés. Mais la révélation de cette fiction, comme on l'a dit plus haut, constitue aussi le retour d'une discontinuité. Et celle-ci ne peut sans doute rester sans conséquence si l'on se rappelle que, dans le *Contrat social*, J.-J. Rousseau considère que la liberté ne trouvera le plein accomplissement de sa fin que dans une identification parfaite entre les gouvernants et les gouvernés. La difficulté, qui dépasse largement la sphère du politique, réside surtout dans le fait que le travail de la raison en général, qu'il soit théorique ou pratique, vise sans cesse à rechercher des continuités. La fiction est ainsi un outil privilégié pour instaurer ou restaurer des continuités pratiques comme le calcul infinitésimal est un outil remarquable pour instaurer des continuités théoriques. Dans cette perspective, la théorie de la représentation politique n'est pas étrangère à la question de la représentation épistémologique qui répond à la question de savoir si, comment et dans quelle mesure nos concepts peuvent saisir les éléments du monde⁴.
- 21 S'il faut donc rester attentif à la dérive par laquelle la justice constitutionnelle tendrait à se substituer au législateur comme figure du représentant pour restaurer quelque continuité perdue, la fiction de la fusion entre gouvernants et gouvernés doit au moins permettre de considérer que le critère de la justesse ou de l'objectivité d'une décision juridictionnelle n'est pas réductible au comptage arithmétique des majorités. La seule justice majoritaire n'est pas compatible avec nos démocraties libérales, car elle se fonde sur l'idée d'une représentation dans laquelle non seulement la loi mais aussi la liberté devient hétéronome. Qu'il suffise ici de se souvenir du passage par lequel Rousseau répond à la question suivante : comment des hommes peuvent-ils être libres lorsqu'ils se trouvent soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas voulu consentir ? Il écrit : « Quand l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve pas autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre⁵. » L'exigence d'une liberté quotidienne par laquelle je demande que mes intérêts particuliers soient satisfaits représente donc pour Rousseau un égarement dès lors que le pacte social est conclu. La liberté ne reçoit donc pas la signification qu'elle acquiert, par exemple, dans la Convention européenne des droits de l'homme. Elle ne se réalise pleinement que dans l'effectuation historique et impersonnelle de la volonté générale.
- 22 La juridiction constitutionnelle, comme gardienne de la Constitution, doit-elle faire prévaloir les conceptions majoritaires ou est-elle avant tout destinée à protéger les droits et libertés des individus et des minorités dont les conceptions ne sont pas reflétées dans les législations qu'ils critiquent ?

- 23 Le travail de Habermas peut se lire comme le renversement de la perspective rousseauiste. Reprenant la même question de la légitimité de la loi, il entend rendre compatibles les volontés représentatives des intérêts particuliers et la volonté générale en soumettant la validité de la norme au respect effectif des intérêts de chacun. La condition de la liberté ne vient donc plus fictivement de la volonté générale ; la norme générale n'est liberté pour ses destinataires que si elle intègre les intérêts particuliers légitimes : « Une loi n'est valide au sens moral que pour autant qu'elle soit acceptée par tous à partir de la perspective de chacun⁶. »
- 24 Le second élément que toute analyse relative à l'objectivité des décisions juridictionnelles en général et des décisions constitutionnelles en particulier doit intégrer est que la rationalité juridique est traversée par un travail herméneutique de grande ampleur. Par ce travail, un sens est donné à la poursuite du bien commun dans le même temps où des significations traduisent les droits et libertés constitutionnellement protégés.

VIII

- 25 On ne s'est pas suffisamment aperçu jusqu'ici que la question de l'objectivité des décisions juridictionnelles est entièrement traversée par le problème de la représentation. Et, en conséquence, que la question de l'objectivité de ces types de jugements pratiques fortement institutionnalisés mérite d'être réfléchi à la fois à partir du problème épistémologique de la représentation et à partir du problème politique de la représentation. Or, penser ces deux problèmes conjointement revient à effacer les dichotomies trop tranchées entre les jugements théoriques et les jugements pratiques, entre les faits et les valeurs, entre les explications et les compréhensions. C'est ce que j'aimerais montrer à présent.
- 26 Le problème épistémologique de la représentation conceptuelle est lié au critère de vérité approprié pour juger de la validité ou de la justesse de différents types de propositions. À un bout du spectre, on trouve la classification donnée par Wittgenstein dans le *Tractatus*. Les propositions qui ont un sens sont ou bien vraies ou bien fausses. Plus précisément, si elles ne sont pas vraies, alors elles sont fausses et si elles ne sont pas fausses, alors elles sont vraies. La possibilité de leur appliquer la logique bipolaire du vrai et du faux dote les propositions d'un sens et l'absence de cette possibilité les rend dépourvues de sens. Les critères de vérité ou de fausseté sont des critères purement logiques, indépendants des contenus propositionnels. En conséquence, pour Wittgenstein, toutes les vérités nécessaires sont nécessairement des tautologies tandis que toutes les faussetés nécessaires sont nécessairement des contradictions. Les critères de vérité et de fausseté sont donc radicalement inappropriés pour s'appliquer aux propositions pratiques, telles que les propositions normatives qui nous intéressent ici. Mais, et c'est crucial pour comprendre le *Tractatus*, les jugements pratiques peuvent *montrer* quelque chose, témoigner de quelque chose d'important.
- 27 Il reste cependant très énigmatique que les propositions logiques auxquelles s'appliquent les critères de vérité et de fausseté ne nous disent rien sur les états ou les propriétés du monde. Par ailleurs, notre élan intuitif ne peut accepter l'idée selon laquelle les propositions qui nous renseignent sur le monde, n'étant ni vraies ni fausses, n'ont pas de sens. On a alors progressivement délié les questions de signification de celles de vérité : les propositions pratiques ou métaphysiques peuvent avoir une signification *même* si on

soutient qu'elles ne sont ni vraies ni fausses⁷. L'opposition contemporaine entre les positivistes et les jusnaturalistes est, en définitive, le résultat de cette évolution. En d'autres termes, les discussions infinies sur la question de savoir si le droit est d'une quelconque manière lié à la morale n'ont plus guère de sens et l'on peut s'étonner de voir encore un tel amoncellement d'articles sur ce sujet.

- 28 Car le droit, comme medium entre la morale et le politique, n'a cessé de répondre à la question : Qu'est-ce qu'une société juste ? Mais les adjectifs juste et injuste sont deux concepts centraux des évaluations morales. Et le droit n'a jamais pu se passer de ces deux concepts depuis qu'au crépuscule du sixième siècle, dans la Grèce antique, le nom donné aux lois devient *nomos* et non plus *thesmos*. *Nomos*, au sens de loi politique, semble attesté pour la première fois dans *Les suppliantes* d'Eschyle. Mais l'émergence du *nomos* s'opère aussi lorsque Clisthène introduit l'idée d'isonomie et rend alors possible l'avènement de la démocratie athénienne⁸. C'est depuis cette époque que la légitimité de la norme et de la fonction de juger requiert instamment de relier l'ordre des lois à la catégorie éthique fondamentale de la justice : est juste ce qui est légal et ce qui est égal.
- 29 La légalité des normes constituait en Grèce la possibilité d'échapper à la tyrannie. Mais cette légalité, par laquelle on entendait assurer le lien social en dehors de l'empire des dieux, ne pouvait trouver son efficacité que dans un certain rapport de la liberté à l'égalité. Le problème du juste est, aujourd'hui encore, de tenter de joindre et rendre compatible, ces trois termes de liberté, d'égalité et d'efficacité.
- 30 Il faut, en conséquence, comprendre les oppositions entre les positivistes et les jusnaturalistes à partir des réponses qu'ils apportent au problème de la possibilité ou de l'impossibilité de l'application d'un critère de vérité ou d'objectivité aux propositions normatives et non pas à partir des liens, assez évidents, entre le droit et la morale. On peut alors soutenir que les positivistes défendent une position non cognitiviste tandis que les jusnaturalistes défendent une position cognitiviste relativement au jugement pratique. Les positivistes considèrent, par exemple, que les cours constitutionnelles, en exerçant un contrôle de constitutionnalité des lois et en donnant une signification aux droits et libertés des citoyens, participent à l'exercice d'un pouvoir politique discrétionnaire dès lors que les interprétations qui justifient les normes qu'elles édictent par leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être soumises aux catégories d'objectivité ou de vérité. Les jusnaturalistes soutiennent, au contraire, que ces catégories ne sont pas uniquement réservées aux propositions logiques ou empiriques et que des critères d'objectivité, notamment sous la forme de justesse normative des décisions juridictionnelles, peuvent être construits de manière rationnelle⁹.
- 31 Je reviendrai sur cette question de l'objectivité des propositions normatives. Mais je voudrais montrer auparavant le lien entre cette question épistémologique et le second problème que j'ai introduit plus haut et qui est lié à la représentation au sens politique. Un détour par Kant peut être intéressant pour percevoir l'importance de ce lien.

IX

- 32 La *Critique de la raison pure* entreprend, comme on sait, de définir les conditions de possibilité de la connaissance des objets de l'expérience et d'isoler le point où la raison est à l'épreuve de son impossibilité lorsqu'elle transgresse ces conditions. Or il est une condition qui n'est sans doute qu'annoncée dans la Critique mais qui se dévoilera

pleinement dans un texte ultérieur intitulé *Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ?* Cette condition constitue la dimension intersubjective et discursive de toute connaissance : « Quels seraient toutefois le champ et la rectitude de notre pensée si nous ne pensions pas pour ainsi dire en communauté avec d'autres, dans une communication réciproque de nos pensées ! On peut donc dire que cette autorité extérieure qui arrache aux hommes la liberté de faire part publiquement, chacun, de ses pensées, leur arrache en même temps la liberté de penser, le seul joyau qui nous reste encore dans la multitude des fardeaux de la vie civile et qui, seul, peut nous aider encore à trouver un remède à tous les maux de cette condition¹⁰. »

- 33 Ce passage est remarquable car il soumet la connaissance d'un objet à la condition que cette connaissance soit partagée. La connaissance est la représentation des objets par concepts. Une telle représentation s'opère par l'exercice de la raison, la raison raisonnée, c'est-à-dire la faculté de juger en mouvement. La connaissance qui convoque la présence d'une communauté langagière pour s'assurer de son objectivité fait mouvement vers autrui. Pour *représenter* adéquatement les objets du monde, tout homme qui exerce sa faculté de juger doit aussi *se représenter* comme membre d'une communauté et donc s'ouvrir à la dimension de l'intersubjectivité. Or, l'intersubjectivité est proprement le lieu originaire à partir duquel se déploie nécessairement la raison pratique pour se donner des règles d'action. Il semble donc tout à fait essentiel de lier la représentation épistémologique et la représentation politique pour comprendre le statut objectif ou non objectif, vrai ou faux, des jugements pratiques.
- 34 Nous avons dit que toute connaissance d'un objet du monde est discursive dès lors qu'elle doit être partagée par une communauté langagière. Or, tandis que la raison théorique est naturellement comprise comme un langage sur un objet, la condition de discursivité intègre l'action dans la connaissance de cet objet. Cela annonce la pragmatique où le discours n'est pas un jugement externe sur l'action mais bien un moment de l'action par laquelle je donne sens aux objets.
- 35 L'action discursive et dialogique est ce par quoi nous pouvons progressivement accéder à la compréhension des normes. Mais la réalisation effective de cette condition suppose une certaine représentativité de cette présence communautaire. L'on ne peut qu'idéalement vouloir soumettre la validité de la connaissance à l'accord de tous. Le problème est alors d'élire les membres qui prendront part à l'action discursive et déterminer leurs compétences respectives pour édicter et appliquer les normes sociales. Il faut cependant noter que la compréhension des normes en termes d'action discursive se réalise historiquement dans ce processus remarquable de sédimentation progressive des obligations qu'est la coutume. La coutume est en effet le lieu privilégié où la justification rationnelle des normes – leur acceptabilité rationnelle – coïncide avec leur intégration dans un contexte communautaire – leur acceptation pratique¹¹. La coutume exprime en conséquence la normativité en mouvement des formes de vie communautaires. Mais si la finalité de la norme se modifie ainsi sans cesse en fonction de sa propre opérativité, le mouvement de sédimentation n'est pas sans retour. Il est réversible lorsque l'opérativité de la norme s'épuise dans les formes de vie qui l'ont pourtant rendue possible. La coutume disparaît alors par la désuétude.
- 36 Cependant, lorsque la création coutumière des normes est en retard par rapport à des attentes légitimes de transformation politique, nous retrouvons le problème classique de la séparation des pouvoirs et de la représentation : qui fait quoi pour qui ? On peut recourir à l'analogie de la division du travail linguistique au terme de laquelle certains

experts sont habilités à fixer les significations des concepts naturels. Cette notion de division du travail est intéressante car c'est à elle également que pense J. Raz pour justifier l'existence d'autorités habilitées à exercer tel ou tel pouvoir. L'autorité est la contrepartie que les destinataires des règles que les pouvoirs adoptent et appliquent à leur place doivent accepter pour qu'ils puissent se consacrer à d'autres tâches de la vie sociale, tâches pour lesquelles ils ont une meilleure aptitude¹². En ce sens, l'autorité est compatible avec l'autonomie des individus. Mais si l'autorité peut ainsi légitimer son existence par la division rationnelle du travail, son étendue reste limitée par les justifications qui sont données en termes de représentation politique. Cela se manifeste particulièrement dans les discussions sur la légitimité des décisions juridictionnelles auxquelles on objecte souvent qu'elle manifeste un déficit démocratique dès lors que les juges ne représentent pas ceux à qui s'adressent leurs interprétations fixées dans les normes juridictionnelles. Comme je l'ai déjà souligné, une des manières de répondre à cette critique est fondée sur un argument tiré de la notion d'autorité de la chose jugée et sur la condition de discursivité intersubjective qu'elle contient : est seul revêtu de l'autorité de la chose jugée le dispositif qui tranche une question litigieuse effectivement débattue entre les parties. Mais cela ne résout pas encore entièrement le problème de la représentativité des acteurs au procès.

- 37 Une autre manière de répondre à la question est liée à la notion d'interprétation. On peut en effet justifier une décision et échapper en conséquence au reproche de déficit démocratique soit en proposant un critère substantiel relatif au résultat de la décision, soit en adoptant un critère relatif à la méthode d'interprétation adéquate pour parvenir à la décision. Dans des sociétés pluralistes comme nos démocraties libérales, il est devenu difficile de soutenir directement une prétention à la validité d'un critère substantiel. Un tel critère est cependant souvent latent derrière le privilège reconnu à telle ou telle méthode d'interprétation. La méthode exégétique ou le retour à l'intention des auteurs du texte sont ainsi deux méthodes qui ont des finalités politiques. Elles sont, par exemple, favorisées par les juges conservateurs aux États-Unis d'abord parce qu'elles permettent de fragiliser cet instrument de discipline des interprétations qu'est la technique du *stare decisis* (qui empêche normalement de revenir sur certaines décisions) et ensuite parce qu'elles rendent plus difficiles les transformations politiques par le levier de l'interprétation juridique.
- 38 Mais, comme le montre une fois encore cet exemple, la question de l'interprétation et, singulièrement, de l'interprétation par les cours constitutionnelles est toujours celle de la représentation : au nom de qui parle-t-on dans la procédure juridictionnelle ? Qui est représenté dans la décision ? Les parties au procès sont-elles « We the People... » ?

X

- 39 Les liens que nous avons établis entre l'interprétation et la représentation d'une part et entre la compréhension des normes et l'action d'autre part permettent d'avancer deux thèses. La première est que le statut cognitif des jugements juridiques n'est pas entièrement réductible au statut cognitif des jugements moraux dès lors que le droit procéduralise de manière propre les délibérations et les décisions, notamment pas la contrainte d'un texte constitutionnel ou législatif. En ce sens, le droit constitue un sous-système social qui est perméable aux exigences de légitimation éthique mais qui n'est pas entièrement réductible à la morale. La seconde thèse est que la question de l'objectivité

des interprétations ne peut se résoudre uniquement à l'aide d'une théorie sémantique détachée des préoccupations des contextes de l'action. Les opérations de justification et d'application des normes procèdent largement d'une interprétation contextualisée dont le dynamisme échappe aux théories sémantiques. En d'autres termes, la dynamique du droit ne se réduit pas à la détermination de la signification des concepts car la pratique du droit s'opère dans un cadre intersubjectif et s'intègre dans une forme de vie. La pratique du droit, comme toute autre expérience, n'est pas neutre. Dans son mouvement, la raison pratique incorpore des valeurs. En conséquence, il n'est pas tellement utile de souligner que les normes reçoivent des significations d'une interprétation contextualisée. Il importe davantage d'insister sur l'idée que les interprétations et les normes ne peuvent être pleinement reçues que si elles anticipent la manière dont elles pourront s'intégrer dans les formes de vie. La condition de possibilité de l'intégration d'une norme dans un contexte social vient de l'ouverture d'une forme de vie. Aussi, pour que la norme puisse contribuer à la transformation politique des contextes sociaux, elle doit en respecter certaines formes pour être reçue et comme apprivoisée par eux. Quelque chose de similaire est exprimé par P. Ricœur lorsqu'il analyse les possibilités d'inscription de l'action dans un système physique : « Agir, c'est très exactement mettre un système en mouvement à partir d'un stade initial, en faisant coïncider un pouvoir-faire dont un agent dispose avec la permission que le système offre par ses conditions de clôture¹³. »

XI

- 40 Quel est le statut cognitif des jugements juridiques ? Possèdent-ils une valeur de vérité ? Quelle est l'objectivité des diverses opérations d'interprétation qui président à leur adoption ? Comment assurer la légitimité des décisions des juridictions constitutionnelles si, d'une part, on considère que les juges non élus ne sont pas habilités à représenter la volonté générale et si, d'autre part, les évaluations morales qui traversent leurs décisions ne peuvent gagner quelque objectivité ? Trois grands types d'objectivité au moins sont susceptibles d'être invoqués en droit.
- 41 Le premier type constitue une objectivité de dérivation dont le modèle est, par excellence, celui de la logique formelle. Mais il n'est pas étranger au droit lorsque les droits et libertés inscrits dans la Constitution sont considérés comme l'énoncé de principes vrais parce qu'ils ne sont que la traduction parfaitement transparente du droit naturel. Il revient alors au législateur de déduire des propositions vraies qui ne sont comprises que comme des dérivations logiques.
- 42 Le deuxième type d'objectivité pertinent en droit est l'objectivité déclarative. Un jugement juridique est objectivement valide parce qu'il émane d'une autorité habilitée. L'expression la plus radicale de ce type se trouve sans doute chez Hobbes. Une norme juridique est objectivement valide parce que le souverain la déclare telle. Le principe de l'autorité de la chose jugée participe aussi de ce second type mais ne s'y réduit pas dès lors qu'il est soumis au respect de procédures fort contraignantes pour pouvoir développer ses virtualités.
- 43 Un troisième type enfin est ce que nous pourrions appeler une objectivité par représentation. Or, cette objectivité, lorsqu'elle est liée à la théorie de la vérité-correspondance, a précisément servi de levier aux sceptiques en général et aux positivistes non cognitivistes en particulier. Ils considèrent en effet que les jugements

juridiques ne sont ni vrais ni faux et ne peuvent prétendre à aucune forme d'objectivité parce qu'ils ne *représentent* aucune réalité mondaine. Ce ne sont que des actes de volonté, des émotions ou des projections subjectives.

XII

- 44 Lorsqu'on analyse la question de l'objectivité des jugements pratiques en termes de représentation, la difficulté principale est qu'on paraît se condamner à un réalisme métaphysique. On recherche des valeurs dans le monde comme on cherche des objets du monde physique. Et, ne trouvant pas d'« entités-valeurs » dans le monde, on en déduit que toute objectivité des jugements pratiques est impossible.
- 45 Comme le remarque H. Putnam, « c'est parce que nous sommes trop réalistes en physique, parce que pour nous la physique (ou une physique hypothétique future) est la Seule et Unique Théorie Vraie, et non une description rationnellement acceptable, adéquate pour résoudre certains problèmes et atteindre certains buts, que nous avons tendance à être subjectivistes par rapport à des descriptions que nous ne pouvons "réduire" à la physique¹⁴ ». C'est également la raison pour laquelle certains non-cognitivistes attirent l'attention sur le fait que la forme grammaticale des jugements évaluatifs ne reflète pas leur forme logique. Ainsi, von Wright considère que, lorsqu'on énonce « ceci (par exemple, la torture) est injuste », on fait *comme si* ce jugement disait quelque chose sur le monde puisqu'on utilise la forme d'un rapport de correspondance entre un sujet et prédicat ; alors qu'en fait « ceci (la torture) est injuste » signifie pour von Wright la seule expression d'une émotion (de désapprobation): « je trouve ceci (la torture) injuste¹⁵ ».
- 46 Dans cette perspective, les évaluations exprimées dans des jugements de valeurs sont elles-mêmes des expressions d'*émotions* tandis que les normes juridiques expriment des *actes de volonté* que certaines conduites soient observées. Enfin, les descriptions témoignent d'une *recherche cognitive* de connaissances vraies. Les jugements de valeurs qui sont précis et concordants peuvent, le cas échéant, se cristalliser en normes et même former un embryon d'ordre juridique, mais « cela ne rend pas les évaluations plus vraies, cela leur donne seulement une plus grande importance ou une plus grande dignité¹⁶ ».
- 47 Une conception semblable avait déjà été avancée par A. Ayer lorsqu'il soutenait qu'il n'était pas possible de *contredire* valablement un jugement de valeur. Affirmer, par exemple, qu'il faut respecter ses promesses ne consiste en rien d'autres que d'exprimer des émotions, des sentiments moraux. Ces pseudo-jugements ne disent rien du tout, ils ne sont pas vérifiables et ne rentrent pas dans les catégories de vérité ou de fausseté.
- 48 La difficulté de cette nette séparation entre les jugements de fait et les jugements de valeur ne repose pas dans le fait que ces derniers ne sont pas empiriques. Cela, Kant l'avait déjà suffisamment relevé. Et c'est même la raison pour laquelle il leur a donné un fondement a priori. Le problème majeur réside dans le fait que cette conception nie la possibilité même d'un désaccord entre deux jugements de valeur. Si un différend survient entre deux personnes à propos d'un jugement de valeur, il est vain d'argumenter. Il faut simplement constater, d'après Ayer, que ces deux personnes ont des sentiments différents. Mais cela signifie aussi qu'il n'y a plus guère de sens à maintenir l'idée qu'un jugement pratique peut être objectivement juste. Il sera juste parce que le juge a rendu son jugement en tel sens. On peut bien sûr ne pas être satisfait qu'il l'ait rendu en ce sens

mais on ne peut donner une seule raison valable qui puisse le contredire : il n'y a pas d'argument rationnel contre ce jugement mais seulement des sentiments différents de ceux qu'exprime le juge. Nous retrouvons ici la position de Hobbes et la question contemporaine du décisionnisme judiciaire.

- 49 Le problème des non-cognitivistes est qu'ils ne peuvent pas concevoir d'objectivité indépendamment d'une correspondance au monde de nos jugements pratiques. Or, à moins de défendre un réalisme métaphysique des valeurs peu intuitif, des entités morales n'existent pas dans le monde¹⁷. La difficulté est alors de concevoir un jugement de valeur qui puisse être à la fois et simultanément un jugement objectif *et* un produit humain.

XIII

- 50 Or deux stratégies sont possibles pour défendre le cognitivisme sans devoir soutenir le réalisme métaphysique de valeurs observables dans le monde. Ces deux stratégies contribuent aussi à fragiliser la dichotomie radicale entre jugements de fait et jugements de valeur, entre les explications des sciences empiriques et les compréhensions des sciences sociales.
- 51 Une première stratégie est négative. Elle consiste à montrer que même les jugements scientifiques – que le positivisme logique considère comme seuls susceptibles d'objectivité et de vérité (parce que seuls vérifiables) – ne sont pas neutres quant aux valeurs. Cette stratégie se fonde notamment sur le sens que nous pouvons donner aux termes de perception et d'expérience d'un objet d'un point de vue pragmatique. S'il n'y a pas d'objet en soi qui puisse advenir au langage de manière purement transparente, il n'y a pas non plus de raison de douter a priori de toutes nos perceptions. Il est alors inutile de soutenir qu'un jugement est objectif si et seulement si il est indépendant de nos concepts et de toutes les contingences de notre propre situation dans le monde. Car ces deux conditions ne sont jamais réalisables absolument. Mais il y a par contre un sens dans lequel nous pouvons dire qu'un jugement est objectif parce qu'il est une sorte d'image de synthèse cohérente des informations dont nous disposons *hic et nunc*. Cela nous rapproche en définitive de la conception de l'objectivité positionnelle développée par A. Sen : « L'objectivité de position, à partir de ma propre situation, est exactement la notion d'objectivité qui convient ici. Mes attentes peuvent être systématiquement révisées dès lors que de nouvelles informations émergent ; mais, à chaque fois, j'essaie d'être objectif au regard de mes raisons de croire telle ou telle chose à ce moment-là¹⁸. » Cela signifie que l'objectivité est, du point de vue pragmatique, contextuelle. Mais elle ne perd pas sa normativité dès lors que, au vu des éléments dont nous disposons, nous ne sommes pas libres d'émettre n'importe quel jugement – *pace*, Rorty.
- 52 Lorsqu'on s'interroge plus spécifiquement sur l'objectivité des décisions des cours constitutionnelles, on peut aussi recourir à ce type de stratégie négative. En effet, on oppose souvent aux cours constitutionnelles que leur composition et, en conséquence, les actes qu'elles posent souffrent d'un déficit démocratique : au contraire du législateur, les juges seraient des fonctionnaires non élus qui ne pourraient revendiquer une quelconque représentativité populaire. La stratégie négative consiste alors à montrer que l'argument tiré du déficit démocratique ne porte pas dès lors que la représentativité du législateur est, elle aussi, fortement idéalisée.

- 53 La seconde stratégie est positive et consiste à donner un statut à la connaissance morale qui rend compte de la normativité des jugements pratiques. Si l'objectivité que les décisions constitutionnelles tirent des justifications morales ne peut uniquement se fonder sur l'idée de la séparation des pouvoirs, il me semble que nous devons une fois encore rechercher les liens entre représentation épistémologique et représentation politique. Ce lien, nous l'avons d'abord entendu comme une critique de la dichotomie entre les jugements de fait et les jugements de valeur. Mais il s'agit à présent d'intégrer cette critique au sein même de l'acte juridictionnel en construisant une notion de représentation qui soit appropriée à l'exercice de la fonction de juger. Or, la notion de représentation semble déjà fonder les principes directeurs de l'action en justice d'une part et de l'action de la justice d'autre part. En effet, le principe dispositif requiert la participation active des parties qui donnent à l'action en justice la forme et le contenu qu'elles souhaitent. En ce sens, le principe dispositif est une conséquence du caractère accusatoire de la procédure. Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée voit son étendue limitée aux questions litigieuses invoquées par les parties et qui ont été tranchées par le juge au terme d'un débat argumenté.
- 54 L'objectivité des actes juridictionnels ne peut donc être gagnée que si l'on réinscrit une certaine continuité entre les jugements de fait et les jugements de valeur dans une procédure qui garantit la représentativité des divers intérêts concernés par la norme appliquée. Le principe dispositif et l'autorité de la chose jugée pourraient être de fort bons candidats pour répondre plus pleinement à ces exigences.

NOTES

1. Il faut noter que ces principes ne contiennent pas nécessairement celui de la présence d'une juridiction habilitée à opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Certains États n'ont pas ressenti la nécessité de recourir à la création d'une cour constitutionnelle sans qu'on ne puisse pas pour autant les qualifier de démocraties délibératives. On songe par exemple au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas. La protection des libertés est alors principalement assurée par la fragmentation de la puissance de l'État, les contrôles réciproques qu'engendre la séparation des pouvoirs et une certaine conception de la règle majoritaire. Sur cela, voir notamment D. Grimm, « Constitutional Adjudication and Democracy », *Israel Law Review*, vol. 33, no 2, 1999, p. 193-215. Le système juridique du Royaume-Uni adopte cependant progressivement les mécanismes et les justifications d'un contrôle de constitutionnalité, notamment sous l'influence de l'entrée en vigueur de l'*Human Rights Act* de 1998. Voir J. Jowell, « Beyond the Rule of Law : Towards Constitutional Judicial Review », *Public Law*, hiver 2000, p. 661-683.

2. T. Nagel, *Égalité et partialité*, Paris, PUF, « Philosophie morale », 1994. La compréhension des rapports entre l'individu et la collectivité à partir de la réconciliation de chaque individu avec lui-même est fondée, chez Nagel, sur la conviction que « l'éthique (et aussi le fondement éthique de la théorie politique) doit être comprise comme issue de la division créée, à l'intérieur de chaque individu, par deux points distincts, le personnel et l'impersonnel » (p. 1).

3. D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique », G. Drago *et al.* (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 364.

4. J'ai tenté ailleurs de construire plus systématiquement ce lien entre représentations politiques et épistémologiques. Voir *Normes et fonction de juger*, Paris et Bruxelles, LGDJ et Bruylant, 1998.
5. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Paris, Seuil, 1977, p. 278.
6. J. Habermas, « On the Cognitive Content of Morality », *Proceedings of the Aristotelian Society*, xcv, 1998, p. 344. Le travail de Habermas entend limiter contrefactuellement cette dernière hypothèse puisqu'il soumet la rationalité pratique et la légitimité – c'est-à-dire, en définitive, l'impartialité – des normes aux conditions assez strictes d'une discussion procéduralisée. Or cette discussion argumentée, menée par un principe de loyauté aussi structurant que le principe de bonne foi en droit privé, doit permettre à l'ensemble des parties intéressées par la justification ou l'application de la norme de faire valoir leurs intérêts divergents. Idéalement, la norme ne peut donc heurter le droit des minorités par exemple. Voir P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, *op. cit.*, p. 219 et suiv.
7. K. Popper, *Conjectures et réfutations*, Paris, Payot, 1985, spécialement chap. 11.
8. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 1973.
9. Luc Begin a proposé une typologie de ces différentes positions dans laquelle il distingue l'approche formaliste-positiviste, l'approche externaliste et l'approche internaliste de l'éthicité de la décision judiciaire (« Éthique et décision judiciaire », *Ethica*, vol. 9, no 2, 1999, p. 141-163).
10. Kant, « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ? », *Œuvres philosophiques*, t. II, Paris, Gallimard, « La Pléiade », 1984, p. 542.
11. Sur cette distinction entre acceptabilité rationnelle et acceptation pratique des normes, voir M. Maesschalck, *Normes et contextes*, Zürich, OLMS, Hildesheim, 2001.
12. On retrouve ici de manière remarquable le concept économique d'avantage comparatif.
13. P. Ricœur, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », dans P. Amselek (dir.), *Théorie et science du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 24.
14. H. Putnam, *Raison, vérité et histoire*, Paris, Minuit, 1984, p. 161.
15. G. H. von Wright, « Valuations – or How to Say the Unsayable », *Ratio Juris*, vol. 13, no 4, 2000, p. 347-357.
16. *Ibid.*, p. 354.
17. Dans *Ethics, Inventing Right and Wrong*, Londres, Penguin, 1990, John Mackie critique le cognitivisme éthique à partir de la conception du droit naturel classique. Certes cette prétention du droit naturel classique selon laquelle des entités morales sont en quelque sorte observables dans le monde par une espèce d'organe spécifique est fort étrange et peu crédible. Mais elle n'est pas nécessaire, me semble-t-il, pour défendre une position cognitiviste.
18. A. Sen, « Positional Objectivity », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, no 3, 1993, p. 141. Une position fort semblable est également défendue par Putnam, notamment dans « Objectivity and the Science-Ethics Distinction », dans M. Nussbaum et A. Sen (dir.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 143-157.

RÉSUMÉS

L'objectivité peut être gagnée tantôt par une analyse de la représentation au sens épistémologique, tantôt par une analyse de la représentation au sens politique. Dans la première analyse, il s'agit de fragiliser la dichotomie entre les jugements de faits et les jugements de valeurs puisque ces derniers ne peuvent pas, d'après le positivisme logique, prétendre à

l'objectivité. Dans la seconde, il s'agit, notamment, de comprendre si et dans quelle mesure la théorie de la séparation des pouvoirs garantit la légitimité des normes, c'est-à-dire leur impartialité. La thèse défendue dans cet article est double : les deux concepts de représentation doivent être analysés ensemble pour rendre compte adéquatement de la fonction de juger ; par ailleurs, les principes directeurs du procès civil pourraient être construits d'une manière telle qu'ils répondent au reproche de déficit démocratique adressé aux cours constitutionnelles.

This paper examines various arguments in order to determine whether and how we could obtain some objectivity in judicial decision-making. It tries to make clear that the best way requires a reconciliation between two concepts of representation: the first is the epistemological one which depends on the theoretical reason; the second is the political one which is bounded to the sphere of justice constructed by the practical reason. From this point of view, the author argues against the fact-value dichotomy as well.

AUTEUR

PHILIPPE COPPENS

Philippe Coppens est chercheur qualifié du FNRS, et chargé de cours à l'université catholique de Louvain.